O Caso dos Exploradores de Cavernas

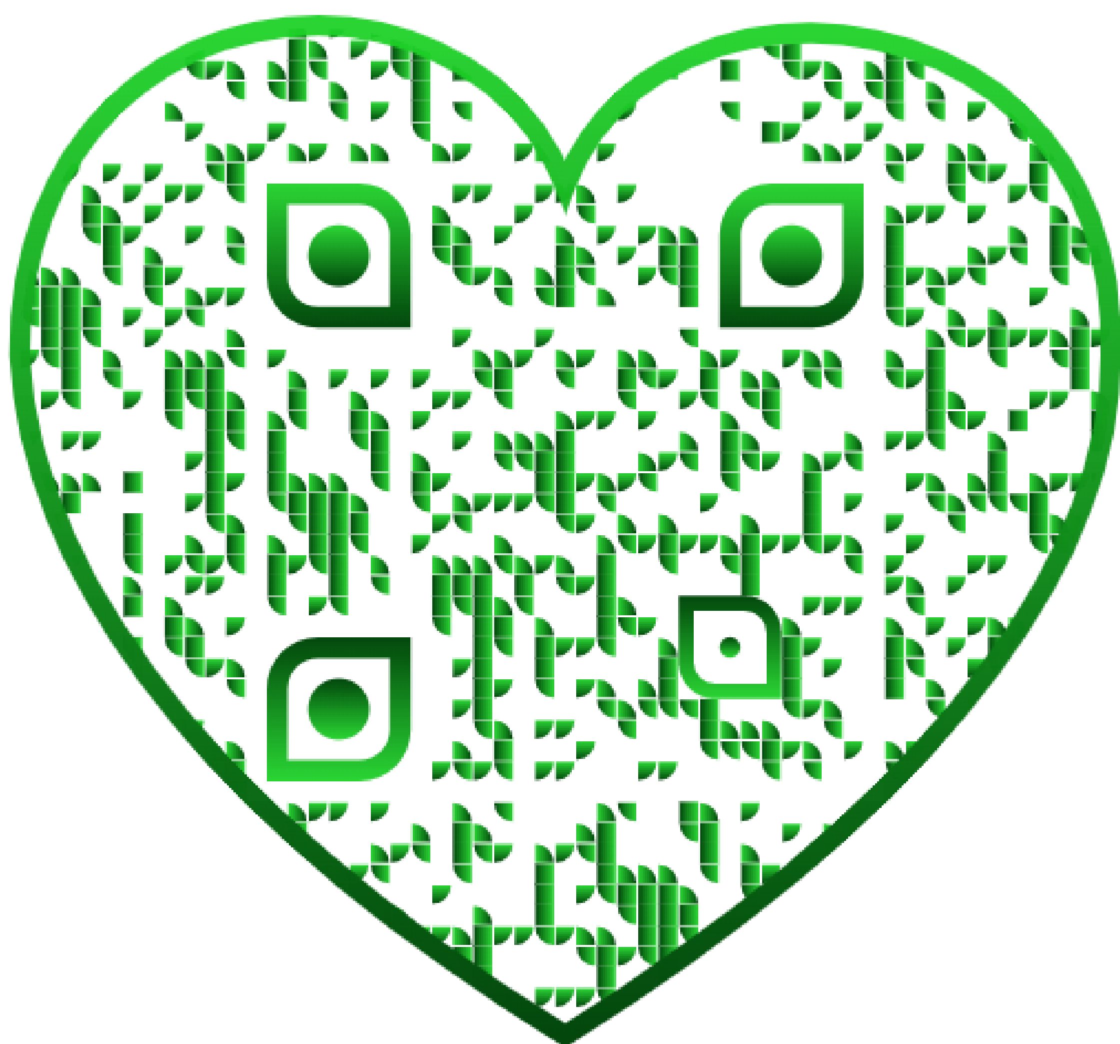
No Superior Tribunal de Newgarth – Ano de 4300



Lon L. Fuller

Tradução
Ricardo Rodrigues Gama

Russell®
editores



O Caso dos Exploradores de Cavernas

No Superior Tribunal de Newgarth – Ano de 4300



Lon L. Fuller

Tradução
Ricardo Rodrigues Gama

Russell®
editores

Lon L. Fuller

O CASO DOS
EXPLORADORES DE CAVERNAS

Tradução e notas
Ricardo Rodrigues Gama

1ª edição
eBook

Russell®
editores

2013
Campinas/SP

ÍNDICE

Sobre o Autor
Apresentação
Superior Tribunal de Newgarth Ano de 4300
1. Introdução
2. Voto do Juiz Truepenny
3. Voto do Juiz Foster
4. Voto do Juiz Tatting
5. Voto do Juiz Keen
6. Voto do Juiz Handy
7. Manifestação do Juiz Tatting
8. Conclusão
9. Post Scriptum

Sobre o Autor

Nasceu Lon Luvois Fuller em 1902 e faleceu em 1978. Guarda lugar de destaque entre os filósofos ocidentais, além de ser considerado um dos grandes juristas da América.

Lon. L. Fuller, como é mais conhecido, estudou Economia e Direito em Stanford, foi professor de Teoria do Direito nas Faculdades de Direito do Oregon, Illinois e Duke. A partir de 1940 lecionou na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, onde se manteve até 1972. Autor profícuo, criou e publicou inúmeros estudos em direito civil, filosofia e teoria do direito.

Obteve grande reconhecimento como filósofo do direito e sua notoriedade tornou-se ainda maior devido ao ensaio, *O Caso dos Exploradores de Cavernas* (*The Case of the Speluncean Explorers*), obra notável, publicada originalmente em 1949, que se transformou em matéria de leitura e debate obrigatórios, entre estudantes e professores de direito de todo mundo. Esse ensaio foi traduzido para vários idiomas.

Entre os profissionais do direito da América é inegável o reconhecimento de que goza, por suas contribuições à legislação sobre contratos e ao debate para moldar o conflito moderno, entre o positivismo e a jusnaturalismo.

Sua outra obra mais conhecida é *The Morality of Law*, de 1964, de caráter jusfilosófica, na qual o autor, além de propor a discussão da conexão entre a legislação e a moral, expõe sua visão moderada do jusnaturalismo procedimental, com recomendações específicas acerca das condições fundamentais para garantir que o direito seja correto e esteja em conformidade com os preceitos da lógica formal.

É de sua autoria os "Oito Aspectos que Conduzem à Invalidação de Qualquer Sistema Jurídico":

1. A ausência de regras e normas legislativas conduz o julgador à decisões infundadas.

2. Falha na publicização e na forma de tornar conhecidos os dispositivos legais.

3. Legislação imprecisa ou obscura que impossibilita a devida compreensão.

4. Legislação retrógrada.

5. Legislação contraditória.

6. Conflitos que estão além dos interesses pessoais e da regras jurídicas.

7. Legislação instável (com frequentes alterações).

8. Divergências entre a jurisdição/administração e a legislação.

Obras de Lon L. Fuller

The Case of the Speluncean Explorers

The Morality of Law.

Basic Contract Law. (coautoria).

Anatomy of the Law.

Problems of Jurisprudence.
The Law in Quest of Itself.
Legal Fictions.
The Principles of Social Order.

APRESENTAÇÃO

A envolvente narrativa do Caso dos Exploradores de Cavernas, em sua língua matriz *The Case of the Speluncean Explorers*[1], gera diversas inquietações naqueles que buscam o exercício da razão do justo.

Nas articulações com os fatos, o autor vai desenhando caminhos servis à lógica jurídica e à iniciação na teoria do direito, isso com a invocação do caso real sob a ótica do direito como ciência tendente a pôr fim aos conflitos gerados em momentos em que a necessidade tenta contrariar o ato ilícito. Em análise sociológica, o direito não passa de regras exigidoras de condutas retas ou que se amoldem à noção mais polida de justiça. Na resolução das pendências, a aceitação dos padrões de conduta estabelecidos pelas regras jurídicas contribui para com a estabilização dos indivíduos nos seus relacionamentos em sociedade.

A ambientação prática do presente escrito, por vezes, indica a realidade das sessões dos tribunais, bem como suas funções, pretensões e até as preocupações. Por conta do rigor de todo raciocínio jurídico impresso no julgador, as decisões tendem a ser vistas como frias e não revelar os anseios dos jurisdicionados, daí a preocupação com fatores ou pessoas que nem fazem parte do histórico, mas foram envolvidos no caso sob julgamento, para esgotar todas as possibilidades em torno das falhas que cercam todas as decisões geradas por seres humanos falhos. Ademais, há preocupação expressa com a opinião pública por alguns juízes, como se necessitassem da aprovação popular. Infelizmente, ampliam-se as possibilidades de equívocos aqui, não por desrespeitar sempre a opinião pública ou ser exigida a aprovação incondicional dela, senão por exigir interpretação da opinião pública e do caso a ser decidido, isso sem computar as ilações feitas entre tal opinião e o desdobramento dos fatos e fundamentos do caso.

Em contenções estritamente jurídicas, a aplicação da norma no ambiente da teoria positivista parece resolver o problema para muitos estudiosos que não conseguem expandir a sua visão para outras searas do conhecimento humano. Aliás, a própria condição humana exige que se reflita mais sobre a aplicação das regras geradas pelo parlamento. Na adequação da regra legal ao caso concreto, a decisão do julgador deve passar sempre pelo direito, mas não somente pelo direito. Além da passagem pela sociologia e pela filosofia, há incursões evidenciadas pela história, pela teoria do estado e pela ciência política, daí a decisão encontrar respaldo na noção de justiça cultuada pelo povo do período em que se vive. Enfim, todo o embasamento intelectual da decisão deve refletir as especulações dos indivíduos que vivem vinculados por diversos elementos no mesmo território.

Em vias filosóficas, as especulações baseadas em duas noções podem encontrar uma terceira a ser seguida ou serem servidas de argumentações para a defesa de um dos caminhos com maior maturidade. Por vezes, as manifestações do radicalismo das interpretações acadêmicas têm por fundamento uma corrente filosófica já conhecida em nosso meio, com a defesa de pensamento com fulcro na teoria sociológica ou na teoria historicista. É evidente que a tendência em resolver o caso no plano sociológico indica a adoção da teoria sociológica, enquanto a fundamentação histórica para o caso expressa a aproximação da teoria historicista.

Nos debates travados entre os acadêmicos de direito, emergem até noções de ciência política com a constatação da impossibilidade de um sistema jurídico de exceção ser criado no âmago de outro sistema maior de dominante. Ao eliminar um dos membros da sociedade, sugerida pelos indivíduos criadores do regime de exceção, a análise do caso num contexto diferente perverte a ordem lógica imposta pelo pacto

No plano pedagógico, o conhecimento crítico criado com a extensão intelectual proposto pelo próprio caso, indubitavelmente, pode ser creditado como conhecimento de alta qualidade. Daí estarmos convencidos de que os questionamentos ingênuos de leigos contribuem para reflexões bem mais profundas e precisas. Por outro lado, em reflexões bem mais avançadas, as dificuldades que cercam a arte de julgar transparecem já nos primeiros comentários dos juízes que apreciam o caso tão trágico dos exploradores de caverna. Ao estabelecer a relação entre a percepção do julgador, a norma jurídica a ser aplicada e a noção de justiça, as dificuldades são ampliadas por demais; aliás, cumpre ressaltar que a maturidade não demora a chegar com tão pouca insistência.

Quiçá a presente apresentação deva ser lida depois do entendimento do caso criado com requintes de realismo no texto do livro e isso se deve ao fato de não partir de sugestões sobre um caso desconhecido. Aliás, a opinião sobre o nada não permite o desenvolvimento de qualquer raciocínio lógico. Parte-se aqui para o campo filosófico, uma vez que as teorias arquitetadas pelos juristas iniciam sua escalada no campo teórico e, depois de bem estruturadas, visam resolver diversos casos ocorrentes no meio social.

Por derradeiro, a nossa proposta de tradução sempre foi a de trazer os textos traduzidos para uma versão jurídica, bem distante das propostas de tradutores que não tem formação jurídica e trazem noções bem diferentes daquelas que interessam aos iniciantes e até doutores do direito. Ao invés de nos prendermos às palavras, buscamos revelar o sentido da narrativa no contexto do direito nacional. Daí, ao sermos indagados sobre outras tantas traduções por nós desenvolvidas, lembrarmos aos questionadores que, para revelar com fidelidade o pensamento original, a tradução deve sempre ser uma versão do que foi dito em outra língua.

Ricardo Rodrigues Gama

[1] Fuller, Lon L. *The Case of the Speluncean Explorers*, Cambridge, Massachusetts, U.S.A.: The Harvard Law Review Association, *in* Harvard Law Review, Vol. 62, nº 4, February 1949.

SUPERIOR TRIBUNAL DE NEWGARTH ANO DE 4300

1. Introdução

Os acusados, processados pelo o crime de homicídio doloso, foram condenados a pena de morte. Diante do inconformismo geral, expondo razões jurídicas relevantíssimas, eles recorreram da decisão do Tribunal do Condado de Stowfield para o Superior Tribunal de Newgarth. Insistiram nas ambiguidades declinadas na decisão condenatória daquele Tribunal, cuja função de expô-las coube ao juiz-presidente em seu relatório.

2. Voto do Juiz Truepenny

Os quatro acusados são membros da Associação de Espeluncologia[2], uma organização de amadores interessados na exploração de cavernas. No início do mês de maio de 4299, acompanhados de Roger Whetmore, período em que também era membro da associação, acessaram o interior de uma caverna de rochedo calcário da espécie encontrada no planalto central desta região do território nacional. Quando já se posicionavam bem distantes da entrada da caverna, verificou-se a ocorrência de um deslizamento. Os pedregulhos pesados acabaram por bloquear por completo a única entrada conhecida da caverna. Ao perceberem a difícil situação em que se encontravam, mantiveram todos os homens perto da entrada obstruída para esperar até que um agrupamento de salvamento removesse os detritos que os impediam de deixar a prisão subterrânea.

Por não terem Whetmore e os acusados retornado aos seus lares, a secretária da associação foi notificada por suas famílias. Parece que os exploradores deixaram indicações na matriz da sociedade a respeito da posição da caverna que se propuseram visitar. Um agrupamento de salvamento foi prontamente enviado ao local.

A tarefa de resgate revelou-se extremamente difícil. Foi necessário ampliar as forças de resgate originais mediante repetidos acréscimos de homens e máquinas, que tinham de ser transportados à remota e isolada região, o que demandava elevados esforços para acessar a caverna e larga despesa para desenvolver a operação.

Um acampamento provisório enorme de operários, engenheiros, geólogos e outros técnicos, foi instalado. O trabalho de desobstrução foi muitas vezes frustrado por contínuos deslizamentos de terra. Em um destes, dez trabalhadores contratados morreram enquanto tentavam desimpedir a entrada da caverna. A tesouraria da Associação de Espeluncologia exauriu rapidamente seus fundos, com dinheiro considerável obtido, em parte, com a venda do montante de oitocentos mil títulos associativos com subscrição popular, e noutro extremo, com a subvenção gerada de verbas públicas. Isso tudo foi gasto antes mesmo de os homens serem libertados, objetivo atingido somente no trigésimo segundo dia após acessarem o interior da caverna.

Desde que se soube que os exploradores tinham carregado com eles apenas escassas provisões e se ficou também sabendo que não havia alimentação gerada por animais ou vegetais na caverna, para possibilitar a subsistência deles, temeu-se que morressem por carência alimentar antes de acessar o ponto em que se encontravam. No vigésimo dia do aprisionamento, soube-se que os exploradores tinham levado consigo para a caverna um rádio transmissor portátil capaz de receber e enviar mensagens. Instalou-se imediatamente um aparelho similar na base de resgate, estabelecendo-se deste modo a comunicação com os desafortunados homens no interior da montanha. Pediram para ser informados acerca do tempo demandado para os liberarem.

Os engenheiros encarregados pela operação de salvamento responderam que precisavam de pelo menos dez dias, isso desde que não ocorresse novo deslizamento. Os exploradores perguntaram então se havia algum médico no acampamento, tendo sido postos em comunicação com a equipe médica, à qual descreveram sua condição e a alimentação disponível e logo solicitaram a opinião médica acerca da probabilidade de sobreviverem sem alimentos por mais dez dias. O chefe da equipe médica respondeu-lhes que havia possibilidade mínima de sobrevivência por tal período.

O rádio transmissor dentro da caverna manteve-se silencioso pelo período de oito horas. Quando a comunicação foi restabelecida, os homens pediram para falar novamente com os médicos, intento atingido. Whetmore, falando em seu próprio nome e em representação dos demais exploradores, indagou se eles seriam capazes de sobreviver por mais dez dias se se alimentassem da carne humana de um deles. Relutantemente, o chefe da equipe médica respondeu em sentido afirmativo. Whetmore inquiriu se seria aconselhável que tirassem a sorte para determinar qual dentre eles deveria ser sacrificado. Nenhum dos médicos presentes se dispôs a responder à pergunta.

Whetmore quis saber então se havia um juiz ou outra autoridade governamental que se dispusesse a responder ao questionamento. Nenhuma das pessoas integrantes da missão de salvamento se apresentou com disposição para assumir o papel de conselheiro neste tema. Ele perguntou então se algum pastor ou padre poderia responder àquela indagação, mas não se encontrou guia espiritual algum que quisesse fazê-lo. Depois desse ocorrido, não se receberam mais mensagens dos exploradores de caverna e, erroneamente como depois se evidenciou, levantaram a suposição de que as pilhas do rádio dos exploradores tivessem descarregado. Quando os homens aprisionados foram finalmente libertados, soube-se que, no vigésimo terceiro dia após sua entrada na caverna, Whetmore tinha sido assassinado e servido de alimento para seus companheiros.

Dos interrogatórios dos acusados, que foi aceito pelo tribunal do júri, evidencia-se que Whetmore propôs primeiramente que buscassem nutrimento na carne de um deles, sem o que a sobrevivência seria impossível e todos morreriam. Foi também Whetmore quem propôs primeiramente o uso de algum método de moldar o sorteio, chamando a atenção dos acusados para um par de dados que casualmente trazia consigo. Os acusados inicialmente relutaram em adotar um procedimento tão desesperador, mas, tendo em conta tudo que já tinham conversado, eles concordaram com o plano proposto por Whetmore. Após muita discussão de questões matemáticas suscitados pela complexidade

do caso, o acordo foi alcançado finalmente sobre o método a ser empregado para a solução do problema: a utilização dos dados.

Entretanto, antes que estes fossem lançados, Whetmore declarou que desistia do acordo, pois havia refletido e decidido esperar outra semana antes de adotar um expediente tão horrendo e odioso. Os outros o acusaram de violação do acordo e procederam ao lançamento dos dados. Quando chegou a vez de Whetmore um dos acusados atirou-os em seu lugar, ao mesmo tempo em que se lhe pediu para levantar quaisquer objeções quanto à correção do lanço. Ele declarou que não tinha objeções a fazer. Tendo-lhe sido adversa a sorte, foi então morto e serviu de alimento para os demais.

Após o resgate dos acusados e, depois de terem permanecido internados algum tempo em um hospital onde foram submetidos a um tratamento para desnutrição e choque emocional, foram denunciados pelo homicídio de Roger Whetmore. Na fase de julgamento, depois de ter sido concluída a fase de produção de provas, um dos jurados com a função de porta-voz deles (de profissão advogado) perguntou ao juiz se eles, os jurados, poderiam emitir uma decisão especial, deixando ao juiz togado o julgamento se, em conformidade com os fatos provados, havia autoria delitual ou não dos acusados. Depois de alguma discussão, tanto o representante do Ministério Público quanto o advogado de defesa, manifestaram o consentimento para a adoção de tal procedimento, o qual foi homologado pelo juiz.

Em longa decisão especial, os jurados acolheram as provas dos fatos como alhures relatados e, ainda que com base nos mesmos fundamentos os acusados fossem considerados culpados, deveriam eles ser condenados pelos mesmos fundamentos. Com base nesse veredicto o juiz de primeira instância decidiu que os réus eram culpados do assassinato de Roger Whetmore. Em consequência sentenciou-os à forca, não lhe permitindo a legislação nacional nenhuma amenização com respeito à pena a ser imposta. Dissolvido o júri, os jurados enviaram uma petição conjunta ao chefe do Poder Executivo pedindo que a sentença fosse comutada em prisão de seis meses. O juiz de primeira instância endereçou uma petição similar à mesma autoridade. Até o momento, porém, nada resolveu o Executivo, aparentemente esperando pela nossa decisão provedora no presente recurso.

Decidindo este extraordinário caso, parece-me que os jurados e o juiz de primeira instância seguiram uma trajetória que era não somente correta e sábia, mas a única via que lhes restava aberta em face do texto legal. Os ditames de nossa legislação são bem conhecidos: “Quem quer que prive intencionalmente a outrem da vida será punido com a morte”. N.C.S.A. (n.s.) § 12-A. Esta regra legal não permite exceção alguma aplicável à espécie, porém, a nossa simpatia inclina-nos a ter em consideração a trágica situação em que esses homens foram envolvidos.

Em um caso desta natureza, o princípio da clemência do poder executivo parece admiravelmente apropriado para mitigar os rigores da legislação, razão por que proponho aos meus colegas que sigamos o exemplo do júri e do juiz de primeira instância, solidarizando-nos com as petições que enviaram ao chefe do Poder Executivo. Há sobejas razões para acreditar que esses requerimentos de clemência serão deferidos,

vindo como vêm daqueles que estudaram o caso e tiveram a oportunidade de familiarizar-se cabalmente com todas as suas circunstâncias. É altamente improvável que o chefe do Poder Executivo denegue estas solicitações, a menos que ele próprio fosse realizar instruções probatórias tão extensas como aquelas efetuadas em primeira instância, cuja duração alcançou três meses. A realização de igual instrução (que equivaleria a um outro julgamento do caso) seria dificilmente compatível com a função do Executivo, como normalmente acontece. Eu penso que podemos, portanto, presumir que alguma forma de clemência será estendida aos acusados. Se isto for feito, a justiça será realizada sem macular o texto ou o espírito de nossa legislação e sem oferecer incentivo algum à sua transgressão.

3. Voto do Juiz Foster

Espanta-me que o presidente do Tribunal, em esforços dispendiosos para escapar às dificuldades deste trágico caso, adote e propunha a seus colegas uma solução simultaneamente sórdida e óbvia. Eu acredito que há algo mais do que o destino destes desafortunados exploradores em juízo neste caso; encontra-se em julgamento a própria legislação do nosso País. Se este Tribunal declara que esses homens cometeram um crime, nossa lei será condenada no tribunal do senso comum, inobstante o que aconteça aos indivíduos interessados neste recurso de apelação. Pois, para que nós sustentemos que a lei que fazemos observar e enunciamos nos compele a uma conclusão da qual nos envergonhamos e da qual apenas podemos escapar apelando a uma exceção que se encontra na dependência do capricho pessoal do chefe do Executivo, parece-me equivaler a admitir-se que ela não incorpora os preceitos básicos para a realização da justiça.

No que me concerne, não creio que nossa lei conduza obrigatoriamente à monstruosa conclusão de que estes homens são assassinos. Ao contrário, eu acredito que ela os declara inocentes da prática de qualquer crime. Fundamenta-se a conclusão sobre duas premissas independentes, cada uma das quais é por si própria suficiente para justificar a absolvição dos acusados.

A primeira destas premissas desperta sentimento de oposição enquanto não for considerada de maneira imparcial. Afirmo que o nosso direito em vigor, ou positivo, incluindo todas as suas disposições legisladas e todos seus precedentes jurisprudenciais, é inaplicável a este caso e que este se encontra regido pelo que os antigos escritores da Europa e da América chamavam *a lei da natureza*[3]. Esta conclusão baseia-se na proposição de que o nosso direito positivo pressupõe a possibilidade da coexistência dos homens em sociedade. Emergindo uma situação que torne a coexistência dos homens impossível, a partir de então a condição que se encontra subjacente a todos os nossos precedentes jurisprudenciais e disposições legisladas cessou de existir. Desaparecendo esta condição, minha opinião é de que a coercibilidade da legislação em vigor desaparece com ela. Nós não estamos habituados a aplicar a máxima *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*[4] ao conjunto do nosso ordenamento jurídico, mas creio que este é um caso em que esta máxima deva ser aplicada.

A proposição, segundo a qual, todo o direito positivo fundamenta-se na possibilidade de coexistência dos homens parece soar estranhamente, não porque a verdade que ela contém seja estranha, mas simplesmente em razão de que se trata de uma verdade tão óbvia e tão persuasiva que raramente temos ocasião para expressá-la em palavras. À semelhança do ar que respiramos, ela penetra de tal modo na nossa vida que nos esquecemos de sua existência, até que dela somos subitamente privados. Quaisquer que sejam os objetivos buscados pelos vários ramos do nosso direito, mostra-nos a reflexão que todos eles estão voltados no sentido de facilitar e de melhorar a coexistência dos homens e de regular com justiça e equidade as relações resultantes de sua vida em território comum. Quando a suposição de que os homens podem viver em comum deixa de ser verdadeira, como obviamente sucedeu nesta extraordinária situação em que a conservação da vida apenas tornou-se possível pela privação da vida, as premissas básicas subjacentes a toda a nossa ordem jurídica perderam seu significado e sua coercibilidade.

Se os trágicos acontecimentos deste caso tivessem ocorrido a uma milha de distância de nossos limites territoriais, ninguém pretenderia que nossa lei fosse aplicada a eles. Nós reconhecemos que a jurisdição repousa sobre base territorial. As razões desse princípio não são de maneira alguma óbvias e raramente são examinadas. Pensamos que esse princípio baseia-se na suposição de que só é possível impor-se uma única ordem jurídica a um grupo de homens se eles vivem juntos nos limites de uma porção da superfície terrestre. A premissa segundo a qual os homens devem agrupar-se para coexistir pode ser escorada no princípio da territorialidade, daí emerge a ideia de que assim se elaboram todas as regras jurídicas. Agora, eu sustento que um caso pode ser removido da esfera de abrangência coercitiva de uma ordem jurídica tanto por razões de ordem moral quanto por razões de ordem geográfica. Observando com atenção os propósitos do direito e do governo e as premissas subjacentes ao nosso direito positivo, concluímos que esses homens, quando tomaram sua trágica decisão, estavam tão distantes de nossa ordem jurídica como se estivessem a mil milhas além de nossos limites territoriais. Mesmo em um sentido físico, sua prisão subterrânea estava separada dos nossos tribunais e dos nossos serventuários da justiça por uma sólida cortina rochosa que só pôde ser removida depois dos maiores dispêndios de tempo e de esforço.

Concluímos, por conseguinte, que no momento em que Roger Whetmore foi morto pelos acusados, eles se encontravam não em *estado sociologista*, mas em *estado natural*, isso na linguagem dos doutrinadores do século XIX. A consequência disto é que a legislação a ser aplicada a eles não é a do Estado, tal como foi elaborada e sancionada, mas aquela própria das circunstâncias vivenciadas por eles. Não hesitamos em dizer que, em conformidade com este princípio, aos acusados não podemos imputar qualquer crime.

O que estes homens fizeram realizou-se em cumprimento de um pacto aceito por todos e proposto primeiramente pelo próprio Whetmore. Desde o momento em que se evidenciou a extraordinária e difícil situação pela qual se achavam todos, tornaram-se inaplicáveis os princípios usuais reguladores das relações entre os homens e, em consequência, emergiu a necessidade de elaborarem uma Carta Constitucional que

refletisse a nova ordem estatal em que se encontravam.

É reconhecido desde a Antiguidade que o princípio fundamental do direito ou governo deve ser baseado na noção de pacto ou convênio. Os antigos pensadores, especialmente aqueles do período entre 1600 e 1900, tinham por hábito estabelecer as bases do próprio governo em um suposto contrato social. Os céticos ressaltaram que esta teoria contradizia os fatos conhecidos da história e que não havia evidência científica alguma capaz de apoiar a noção de que qualquer governo em qualquer tempo tivesse sido estabelecido pelo modo defendido por esta teoria. Os moralistas replicaram que, se o pacto era uma ficção do ponto de vista histórico, esta noção fornecia a única justificação ética para os poderes do estado, inclusive aquele de pôr fim a vida, que também poderia ser aqui ser assimilado. Os poderes estatais podem somente ser justificados moralmente, isso em razão de ser a circunstância de que homens razoáveis se posicionariam de acordo e os aceitariam se vislumbrassem a satisfação da necessidade de construir novamente alguma ordem capaz de tornar possível a vida em sociedade.

Felizmente, as perplexidades que incomodavam os antigos não atingem nosso país. É fato historicamente comprovado que nosso governo foi fundado mediante um pacto ou um acordo de homens livres. No período subsequente à Grande Espiral, com bem atesta a prova arqueológica, os sobreviventes desse holocausto voluntariamente reuniram-se e redigiram uma Carta Política do Estado. Os escritores sofistas levantaram questionamentos a respeito do poder desses remotos contratantes de obrigar gerações futuras, mas permanece o fato de que nosso governo remonta em uma linha ininterrupta àquela Carta Política original.

Se, consequentemente, nossos carrascos tiverem o poder de pôr fim à vida dos homens, se nossos juízes tiverem o poder de determinar o despejo dos locatários em mora, se nossas autoridades policiais tiverem o poder de encarcerar o divertido bêbado, estes poderes encontram justificativa moral naquele pacto primitivo celebrado pelos nossos antepassados. Se nós não podemos encontrar fonte mais elevada para nossa ordem jurídica, que outra mais alta, deveríamos esperar que estes desventurados esfomeados estabelecessem para o ordenamento que adotaram para eles mesmos?

Eu acredito que a linha de argumentação que termino de expor não admite impugnação racional alguma. Eu sinto que ela será provavelmente recebida com certa inquietação por muitos que venham a lê-la, os quais inclinar-se-ão a suspeitar que algum sofisma oculto deve encontrar-se à base de uma demonstração que conduz a tantas conclusões pouco familiares. A fonte deste desconforto é, entretanto, facilmente identificável. As condições usuais da existência nos inclinam a considerar a vida humana um valor absoluto, que não pode ser sacrificado em circunstância alguma. Há muita ficção nesta concepção, mesmo quando aplicada às relações ordinárias da sociedade. Tivemos um exemplo desta verdade no próprio caso que está diante de nós. Dez trabalhadores morreram no trabalho de remoção de rochas da entrada da caverna. Os coordenadores da operação e os funcionários públicos não sabiam que dirigiam a operação de salvamento, que os esforços que estavam empreendendo eram perigosos e envolviam um sério risco para as vidas dos trabalhadores que os estavam executando? Se não parece apropriado que estas dez vidas tenham sido sacrificadas para salvar às dos

cinco exploradores, a que título diremos ser compreensível que estes exploradores executassem um acordo para salvar quatro vidas em detrimento de uma?

Qualquer rodovia, qualquer túnel ou qualquer edifício que nós projetamos envolve um risco à vida humana. Examinando estes projetos em conjunto, podemos calcular com alguma precisão quantas mortes a sua construção irá demandar; os estatísticos podem dizer o custo médio em vidas humanas de mil milhas de uma rodovia de concreto de quatro pistas. Contudo, deliberada e conscientemente, incorremos neste risco e pagamos este custo na suposição de que os valores resultantes para aqueles que sobrevivem, superam a perda. Se estas coisas podem ser ditas em uma sociedade desenvolvendo-se normalmente sobre a superfície terrestre, o que se deverá dizer do suposto valor absoluto da vida humana na situação de desespero em que os réus e seu companheiro Whetmore se encontravam?

Com isto, concluo o primeiro fundamento do meu voto. O segundo fundamento prossegue em outra direção, rejeitando hipoteticamente todas as premissas que formulei até o momento. Concedo, para fins de argumentação, que eu esteja errado dizendo que a situação destes homens os subtrai à incidência do nosso direito positivo, e suponho que nossa legislação consolidada tenha o poder de penetrar quinhentos pés de rocha e impor-se sobre esses homens aprisionados.

Naturalmente, agora é perfeitamente claro que estes homens praticaram um ato que viola a literal expressão da norma legislada que declara daquele que intencionalmente mata a outrem deve ser tomado como um homicida. Mas, um dos mais antigos aforismas da sabedoria jurídica ensina que um homem pode afrontar a letra da norma legislada, sem infringir a própria legislação. Toda proposição de direito positivo, quer contida em uma norma ou em um precedente jurisprudencial, deve ser interpretada racionalmente à luz de seu propósito evidente. Estamos diante de uma verdade tão elementar e, dessa forma, apresenta-se desnecessário o desenvolvimento desse assunto. As exemplificações de sua aplicação são inumeráveis e se encontram em todos os setores do ordenamento jurídico. No caso *Commonwealth v. Staymore*, o acusado foi condenado tendo em vista uma norma que considera ato ilícito a conduta voltada a estacionar os automóveis em determinadas áreas, por um período superior a duas horas. O infrator tinha tentado retirar o seu carro, mas foi impedido de fazê-lo porque as ruas encontravam-se obstruídas por uma manifestação política na qual ele não tomara parte, nem pudera prever[5]. Este Tribunal reformou a sentença, afastando a condenação, embora o caso se enquadrasse perfeitamente no enunciado literal da norma legislada. Outra vez foi verificada a mesma ocorrência no caso de *Fehler v. Neegas*, o qual esteve perante este tribunal para interpretação do texto legal com posicionamento unânime, é que um dispositivo trazia a palavra "não" que fora evidentemente transposta da posição em que deveria estar, passando para o final. Esta transposição encontrava-se em todas as publicações sucessivas do texto legal; em aparentemente negligência, o equívoco não foi notado pelos redatores do texto legal ou mesmo pelos operadores do direito. Deveras, ninguém seria qualificado para explicar como adveio tal engano, contudo, a aparência indicava o equívoco que, tendo em vista o que prescrevia a norma em seu conjunto, um desvio tinha sido cometido, haja vista que a leitura literal de sua parte final tornava-a

incompatível com todo texto precedente; igualmente, seguia incompatível com o objetivo do texto inicial, bem como com o enunciado pelo preâmbulo. Este Tribunal recusou-se a aceitar a interpretação literal do texto da norma legislada, e, de fato, retificou sua linguagem, transpondo a palavra "não" para o seu exato lugar.

Ao realizar a interpretação do dispositivo legal, devemos ter em mente que ele ainda foi literalmente aplicado ao caso concreto. Há séculos estabeleceu-se que matar em legítima defesa é excludente de ilicitude[6]. Por outro lado, não há nada no texto legal que sugira esta exceção. As tentativas para conciliar a orientação jurisprudencial sobre a legítima defesa com o texto da lei são inúmeras, muito embora em minha opinião não constituam senão sofismas engenhosos[7]. A verdade é que a argumentação da exclusão de ilicitude em prol da legítima defesa não permite a reconciliação, mas somente com seu propósito. A verdadeira conciliação da excludente de ilicitude em favor da legítima defesa com o dispositivo legal, segundo o qual constitui crime matar a outrem, deve seguir a mesma linha de raciocínio. Um dos principais objetivos subjacentes a qualquer legislação penal é o de afastar os homens da prática do crime. Agora, é evidente que se a lei tivesse declarado que o homicídio em legítima defesa constitui crime, tal regra não poderia operar de maneira preventiva. Um homem cuja vida seja ameaçada repelirá seu agressor e, para tanto, não importa o que a norma legislada possa dizer. Dessa forma, atentando para os objetivos principais da legislação criminal, seguramente podemos declarar que esta norma legislada não se destinava a ser aplicada aos casos de legítima defesa.

Quando a razão da excludente da legítima defesa é assim explicado, torna-se evidente que, precisamente, a mesma fundamentação lógica é aplicável ao caso analisado por este Tribunal. Se no futuro, qualquer grupo de homens venha a encontrar-se na trágica situação dos acusados, podemos estar certos de que sua decisão de viver ou morrer não será controlada pelas normas do Código Penal. Nesse contexto, se nós lermos este texto legal inteligentemente, é manifesta a inadequação de sua aplicação a este caso. A subtração desta situação da incidência da norma justifica-se precisamente pelas mesmas considerações que foram apresentadas pelos nossos predecessores em seus gabinetes, séculos atrás, ao caso da legítima defesa.

Há aqueles que levantam as vozes por crerem que se tratar de usurpação judicial e isso se dá sempre que um tribunal, depois de analisar o propósito de uma norma, dá às suas palavras um significado imediatamente imperceptível ao leitor casual, desatento aos objetivos que ele busca alcançar. Sem reserva, deixe-me dizer enfaticamente que aceito a proposição segundo a qual este Superior Tribunal deve obediência às normas do país e que ela exerce seus poderes em subserviência à vontade devidamente expressa pela Câmara dos Deputados Federais. A linha de raciocínio que eu imprimi acima não põe a questão de fidelidade às disposições legais, embora talvez seja possível colocar a questão da distinção entre fidelidade inteligente e fidelidade não-inteligente. Nenhum empregador deseja ter um funcionário incapaz de ler nas entrelinhas. A empregada doméstica mais estúpida sabe que quando lhe é ordenado *descascar a sopa e tirar a espuma das batatas*, sua patroa não quer expressar o significado no que está dizendo. Ela sabe também que quando seu patrão lhe diz para "soltar tudo e vir correndo", ele não

tem em mente a possibilidade de que, neste momento, ela esteja salvando uma criança prestes a afogar-se. Certamente, nós temos direito a mesma atuação interpretativa que expresse a inteligência do Poder Judiciário. A correção de erros ou equívocos legislativos óbvios não importa em substituir a vontade do poder legislativo, mas em fazê-la mais eficaz. Em consequência, sob qualquer ponto de vista que este caso comportar, concluo que os acusados devam ser considerados inocentes das coautorias do crime de homicídio contra Roger Whetmore e que a sentença de condenação deva ser reformada.

4. Voto do Juiz Tatting

No cumprimento de meus deveres como juiz deste Tribunal, tenho sido normalmente capaz de dissociar os aspectos emocionais e intelectuais de minhas reações e decidir o caso analisado inteiramente baseado no último. Em exame deste trágico caso, sinto que me faltam os usuais recursos. No aspecto emocional, sinto-me dividido entre a simpatia por estes homens e um sentimento de aversão e revolta com relação ao monstruoso ato que cometeram. Eu tinha a esperança que colocaria estas emoções contraditórias de um lado como irrelevantes e, por outro lado, para decidir o caso com base no convencimento lógico e em uma demonstração convincente do resultado reclamado por nossa legislação. Infelizmente não me permiti esta liberdade.

Ao analisar o voto apresentado por meu colega Foster, nele encontro disparadas contradições e falácias. Deixe-nos começar pela sua primeira proposição: estes homens não estavam sujeitos à nossa legislação porque não se encontravam em um *estado sociologista*, mas em um *estado natural*. Eu não estou convencido que isto seja assim, se em virtude da espessura da rocha que os aprisionou ou porque estavam famintos ou porque tinham estabelecido uma *nova carta política*, segundo a qual as regras usuais de direito deviam ser suplantadas por um lanço de dados. Outras dificuldades invadem-se. Se estes homens passaram da jurisdição da nossa legislação para aquela da *lei natural*, em que momento isto ocorreu? Foi quando a entrada da caverna foi obstruída, ou quando a ameaça de morte por inanição atingiu um grau indefinido de intensidade, ou quando o acordo para jogar dados foi celebrado? Estas incertezas da doutrina proposta pelo meu colega são capazes de produzir dificuldades reais. Suponha-se, por exemplo, que um destes homens tenha feito seu vigésimo primeiro aniversário enquanto estava aprisionado no interior da montanha. Em que data teríamos que considerar que ele alcançou a maioridade[8] – quando atingiu os vinte e um anos, no momento em que se achava, por hipótese, subtraído dos efeitos de nosso ordenamento jurídico, ou quando foi libertado da caverna e voltou a submeter-se ao império do que o meu colega denomina nosso *direito positivo*. Essas dificuldades podem parecer facilmente superáveis, no entanto, servem somente para revelar a natureza fantasiosa da doutrina que é capaz de originá-las.

Mas não é necessário explorar mais estas sutilezas para demonstrar o absurdo da posição do meu colega. O Senhor Ministro Foster e eu somos os ministros nomeados para o Tribunal de Newgarth, empossados mediante o juramento de que aplicaríamos as leis deste País. Com que autoridade transformamo-nos em um tribunal da natureza? Então, se esses homens encontravam-se sob o *direito natural*, de onde vem nossa autoridade para

estabelecer e aplicar aquela lei? Certamente *nós* não estamos sob um *estado natural*.

Deixe-nos examinar o conteúdo deste *código de normas naturais* que meu colega propõe que adotemos e o apliquemos a este caso. Que código desordenado e odioso é este! É um código em que as normas reguladoras dos contratos assumem maior importância do que aquela referente ao crime de homicídio. É um código segundo o qual um homem pode estabelecer um contrato válido, conferindo poderes a seus semelhantes de comer seu próprio corpo. Além disso, segundo os seus dispositivos, uma vez feito, tal contrato é irrevogável, e, se uma das partes tenta rescindi-lo, as outras podem tomar a legislação em suas próprias mãos e executá-lo pela força – pois, embora meu colega silencie, talvez por conveniência, há rescisão contratual unilateral e o efeito dessa rescisão do contrato feita por Whetmore interfere necessariamente em sua argumentação.

Os princípios expostos por meu colega contêm outras implicações que não podem ser toleradas. Argumenta meu colega que quando os acusados, em comum acordo, lançaram-se sobre Whetmore e o mataram (nós não sabemos como, talvez com golpes de pedras), eles estavam somente exercitando o direito que lhes fora conferido pelo contrato. Suponha-se, entretanto, que Whetmore tivesse escondido sob suas roupas um revólver e que, quando visse os réus se aproximando para o matar, disparasse o revolver e os matasse a tiros para conservar sua própria vida. O raciocínio de meu colega aplicado a estes fatos transformaria Whetmore em um homicida, uma vez que a excludente da legítima defesa ser-lhe-ia negada. Se seus atacantes estavam atuando licitamente com a buscar de sua morte, então, evidentemente, ele não mais poderia escusar-se argumentando que estava defendendo sua própria vida, da mesma forma que não poderia fazê-lo um prisioneiro condenado que abate o carrasco enquanto tenta legalmente colocar o nó em seu pescoço.

Todas estas considerações tornam impossível para que eu aceite a primeira parte dos argumentos de meu colega. Eu não posso nem mesmo aceitar sua noção de que estes homens encontravam-se regidos por um *código de normas da natureza*, que este Tribunal estaria obrigado a aplicar-lhes, nem posso admitir as regras odiosas e desnaturadas que ele pretende que este código contenha. Agora, venho à segunda parte do voto do meu colega, em que ele procura demonstrar que os réus não violaram os dispositivos legais do N.C.S.A. (n.s.) § 12-A. Aqui, o raciocínio, ao invés de ser claro, parece-me nebuloso e ambíguo, embora meu colega não pareça desatento às dificuldades inerentes às suas demonstrações.

A essência da argumentação de meu colega pode ser enunciada nos seguintes termos: nenhuma norma, qualquer que seja seu texto, deveria ser aplicada de modo a contradizer seu propósito. Um dos objetivos de qualquer norma criminal é a prevenção. A aplicação da legislação, qualificando como crime matar a outrem, neste caso peculiar contradiria seu propósito, pois é impossível crer que os dispositivos do Código Penal pudessem atuar de maneira preventiva relativamente a homens colocados em face da alternativa de viver ou morrer. O raciocínio por meio da qual esta exceção é encontrada na legislação é, segundo observa o meu colega, o mesmo que conduz à admissibilidade da excludente da legítima defesa.

À primeira vista esta demonstração parece muito convincente. A interpretação feita por meu colega do fundamento lógico da excludente da legítima defesa encontra-se, de fato, em conformidade com a decisão deste Tribunal – *Commonwealth v. Parry* – um precedente jurisprudencial que encontrei estudando este caso. Embora o caso de *Commonwealth v. Parry* pareça ter sido geralmente omitido nos textos e decisões subsequentes, encontra-se sem dúvida alguma, de acordo com a interpretação que meu colega deu à excludente da legítima defesa.

Entretanto, deixe-me agora esboçar rapidamente as perplexidades que me ocorrem quando examino de modo mais atento o raciocínio de meu colega. É verdade que uma norma legislada deve ser aplicada segundo seu propósito e que *um* dos propósitos reconhecidos da legislação penal é a prevenção. A dificuldade é que outros objetivos são também imputados à legislação penal. Afirma-se que um de seus propósitos é assegurar uma descarga ordenada à instintiva necessidade de retribuição: *Commonwealth v. Scape*. Também se afirma que sua finalidade é a reabilitação do delinquente: *Commonwealth v. Makeover*. Outras teorias têm sido propostas. Supondo que nós devamos interpretar uma espécie normativa à luz de seu propósito, o que deveremos fazer quando tiver vários propósitos ou quando estes propósitos forem questionados?

Uma dificuldade similar é apresentada pela circunstância de que, embora haja fundamento jurisprudencial para a interpretação dada por meu colega à excludente da legítima defesa, também há outro critério jurisprudencial conferindo a esta excludente um fundamento lógico diferente. Certamente, até ter tomado conhecimento da decisão no caso de *Commonwealth v. Parry*, eu não conhecia interpretação como a dada por meu colega. A doutrina ensinada nos cursos de direito, memorizada por gerações de acadêmicos de direito, diz expressamente o seguinte: a norma a respeito do homicídio requer um ato *intencional*. O homem que atua para repelir uma ameaça agressiva à sua própria vida não age *intencionalmente*, mas em resposta a um impulso profundamente enraizado na natureza humana. Eu suspeito que dificilmente exista um bacharel em direito neste País que não esteja familiarizado com esta linha de raciocínio, especialmente porque este é um dos pontos preferidos nos exames de ordem visando o exercício da advocacia.

Assim, observe-se que a explicação familiar para a excludente da legítima defesa que terminei de expor obviamente não pode ser aplicada analogicamente aos fatos deste caso. Estes homens, não só agiram *intencionalmente*, mas de forma bastante deliberada e depois de horas de discussão a respeito do que fariam. Outra vez nos encontramos diante de um caminho bifurcado, com uma linha de raciocínio conduzindo-nos em uma única direção, mas com sentidos exatamente opostos. Esta perplexidade situa-se na necessidade de contrastar duas interpretações, uma incorporada num precedente praticamente desconhecido deste Tribunal e a outra constituindo parte da tradição jurídica ensinada nas nossas faculdades de direito, mas tanto quanto eu sei nunca foi adotada em qualquer decisão judicial.

Eu reconheço a relevância dos precedentes jurisprudenciais citados por meu colega, a respeito do deslocado *não* e ao infrator que estacionou além do tempo

permitido. Mas o que faremos com os marcos da nossa jurisprudência, sobre o que meu colega novamente silencia? Isto é o caso de *Commonwealth v. Valjean* . Embora o caso esteja um tanto obscuramente transcrito, nele evidencia-se que o acusado foi processado pelo furto de um pão e ofereceu como defesa a circunstância de que se encontrava em uma condição próxima da morte por inanição[9]. O Tribunal recusou-se a aceitar esta defesa. Se a fome não pode justificar o furto de um alimento natural e saudável, como pode ela justificar que se assassine e se devore um homem? Mais uma vez, se nós olhamos o litígio em termos de prevenção, será provável que um homem morra à míngua para evitar uma sentença de prisão pelo furto de um pão? As demonstrações de meu colega nos compeliriam a decidir em sentido contrário ao disposto no caso de *Commonwealth v. Valjean* e de muitos outros precedentes construídos a partir deste caso.

Outra vez, tenho dificuldade em afirmar que nenhum efeito preventivo poderia ser atribuído a uma decisão segundo a qual estes homens fossem julgados culpados de homicídio. O estigma da palavra *homicídio* é tal que eu acredito ser muito provável que, se estes homens tivessem sabido que seu ato era considerado como homicídio pela legislação, teriam esperado mais alguns dias pelo menos antes de levar a cabo seu plano. Durante este tempo algum auxílio inesperado poderia ter chegado. Percebo que esta observação somente reduz a distinção a uma questão de grau, sem que a destrua completamente. É certamente verdade que o elemento de prevenção seria menor neste caso do que naquele que normalmente decorre da aplicação da legislação penal.

Há ainda uma dificuldade na proposta de meu colega Foster, qual seja a de estabelecer uma exceção na legislação em favor deste caso, embora novamente nenhuma dúvida transpareça em seu voto. Qual será o alcance da exceção? No caso, os homens tiraram a sorte e a própria vítima no início concordou com o que foi contratado. O que decidiríamos se Whetmore tivesse recusado desde o começo a participar do plano? Seria permitido que a maioria decidisse contra a sua vontade? Ou suponha-se que nenhum plano fosse adotado e que os outros simplesmente conspirassem para causar a morte de Whetmore, e, como justificativa da atitude, dissessem que ele estava em condição física mais frágil. Ou, ainda, que um plano de seleção, baseado numa justificação diferente daquela aqui adotada, fosse seguido, como, por exemplo, se os outros fossem ateus e insistissem que Whetmore deveria morrer porque era o único que acreditava na vida além da morte. Estes ilustrações poderiam ser multiplicadas, mas já se mostram suficientes para revelar as inúmeras dificuldades ocultas contidas no raciocínio de meu colega.

No curso da reflexão que realizo, posso identificar a complexidade do problema com o qual estou lidando e a impossibilidade de ocorrência idêntica, pois é improvável que outro grupo de homens seja levado a cometer novamente o terrível crime que ora julgamos. De qualquer forma, continuando com a reflexão, mesmo que nós tivéssemos certeza de que um caso similar jamais ocorresse, não são os exemplos que dei, mas demonstram a falta de qualquer princípio coerente e racional na decisão que meu colega propõe? A aferição de um princípio não deve ser promovido pelas conclusões que ele acarreta, sem que se faça referência a eventuais problemas decorrentes de um litígio futuro? Ainda, se isto for assim, porque nós juízes deste Tribunal, repetidas vezes

discutimos a probabilidade de aplicar no futuro um princípio que a solução do caso que ora julgamos requer? É esta uma situação em que uma linha de raciocínio, originariamente inadequada, chegou a ser aplicada por via de um precedente jurisprudencial, gerando esta uma obrigação de aplicar a sanção?

Quanto mais examino este caso e penso sobre ele, mais profundamente envolvido emocionalmente me sinto. Minha mente fica enredada nas malhas das redes que eu próprio arremesso para o meu próprio salvamento. Eu acredito que quase toda consideração que interesse à solução do presente caso é contrabalançada por outra oposta, conduzindo em sentido também oposto. Meu colega Foster não me forneceu, nem eu pude descobrir por mim próprio, fórmula alguma capaz de resolver as dúvidas que por todos os lados me acossam.

Eu dei a este caso o maior raciocínio de que sou capaz. Durmo mal desde que nos discutimos o caso no Tribunal. Quando me sinto inclinado a aceitar o ponto de vista de meu colega Foster, logo sou repelido pela impressão de que seus argumentos são intelectualmente deficientes e completamente abstratos. De outro lado, quando me inclino no sentido de manter a condenação, afrontam-me o absurdo de condenar estes homens à morte quando a salvação de suas vidas custou as de dez heroicos operários. Provoca-me pesar o fato de representante do Ministério Público oferecer denúncia com a acusação pelo crime homicídio. Se tivéssemos um tipo penal descrevendo como crime o fato de comer carne humana, esta teria sido uma acusação mais apropriada. Se nenhuma outra acusação adequada aos fatos deste caso podia ser formulada contra os acusados, teria sido preferível, penso, não tê-los denunciado. Infelizmente, entretanto, estes homens foram processados e julgados e, em decorrência disto, nós nos vemos envolvidos por este litígio infeliz.

Uma vez que me revelei completamente incapaz de afastar as dúvidas legais que me assediam; é com pesar que anuncio algo que inacreditável, ou seja, não há precedentes na história deste Tribunal. Por conta disso, declaro minha retirada deste caso[10].

5. Voto do Juiz Keen

Eu gostaria de começar deixando de lado duas questões que não são da competência deste Tribunal.

A primeira delas consiste em saber se a clemência do poder executivo deveria ser concedida aos réus caso a condenação seja confirmada. Esta é, porém, segundo o nosso sistema constitucional de divisão de poderes, uma questão da competência do chefe do Poder Executivo e não nossa. Eu desaprovo, portanto, aquela passagem do voto do presidente deste Tribunal em que ele efetivamente dá instruções ao chefe do Poder Executivo acerca do que deveria fazer neste caso e sugere alguns inconvenientes que adviriam se tais instruções não fossem atendidas. Esta é uma confusão de funções dos poderes estatais – uma confusão em que o judiciário deveria ser o último a incorrer. Eu desejo esclarecer que se eu fosse o chefe do Poder Executivo, iria mais longe no sentido da clemência do que aquilo que lhe foi requerido. Eu concederia perdão total a estes

homens, pois creio que eles já sofreram o suficiente para pagar por qualquer crime que possam ter cometido. Quero ser compreendido por esta observação ter sido feita na minha condição particular de cidadão que, por razão de seu ofício, adquiriu um íntimo conhecimento dos fatos deste caso. No cumprimento dos meus deveres como juiz não me incumbe dirigir instruções ao chefe do Poder Executivo, nem tomar em consideração o que ele possa ou não fazer, a fim de chegar à minha própria decisão que deverá ser inteiramente guiada pela legislação deste País.

A segunda questão que desejo colocar de lado diz respeito a decidir se o que estes homens fizeram foi *justo* ou *injusto*, *mau* ou *bom*. Esta é outra questão irrelevante ao cumprimento de minha função, pois, como fui empossado como juiz para aplicar, não minhas concepções morais, mas o ordenamento jurídico deste País. Ao colocar esta questão de lado, penso que posso também excluir sem comentário a primeira e a maior porção poética do voto do meu colega Foster. O elemento de fantasia contido nos argumentos por ele desenvolvidos revelou-se suficientemente como uma tentativa um tanto solene do meu colega Tatting de encarar com seriedade aqueles argumentos.

A única questão que se apresenta para ser decidida por nós consiste em saber se os acusados, dentro do significado do N.C.S.A. (n.s.) § 12-A, privaram intencionalmente da vida Roger Whetmore. O texto exato da norma é o seguinte: *Quem quer que, intencionalmente, prive a outrem da vida será punido com a morte*. Agora, eu devo supor que qualquer observador imparcial, que queira extrair destas palavras o seu significado natural, concederá imediatamente que os acusado *privaram intencionalmente Roger Whetmore da vida*.

Então, de onde aparecem as dificuldades do caso e a necessidade de tantas páginas de discussão a respeito do que deveria ser tão óbvio? Qualquer que seja a forma atormentada de apresentação, todas as dificuldades convergem a uma única fonte, qual seja aquela consistente na indistinção dos aspectos legais e morais do presente caso. Para o apresentar sem cortes, meus colegas não apreciam o fato de exigir a norma escrita para a condenação dos acusados. Nem a mim isto não causa prazer, mas, à diferença de meus colegas, eu respeito o dever de um cargo que requer que se deixem as predileções pessoais de lado, ao interpretar e aplicar a legislação deste País. Todavia, naturalmente, meu colega Foster não admite que ele seja motivado por uma aversão pessoal à legislação escrita. Ao contrário, ele desenvolve uma linha de argumento familiar, de acordo com a qual o Tribunal pode desrespeitar o enunciado de uma norma expressa, quando algo nela não contido, denominado seu *propósito*, pode ser empregado para justificar o resultado que o tribunal considerar apropriado. Por se tratar de uma velha controvérsia, entre meu colega e eu, gostaria, antes de discutir a aplicação particular deste ponto de vista aos fatos deste caso, de dizer algo acerca do fundo histórico deste controvertido tema, bem como de suas implicações relativamente à legislação e ao governo em geral.

Havia uma época em que, neste país, os juízes efetivamente legislavam livremente e todos nós sabemos que durante esse período algumas de nossas normas legisladas foram praticamente reelaboradas pelo Poder Judiciário. Isto ocorreu em um

momento em que os princípios aceitos pela ciência política não designavam de maneira segura a hierarquia e a função dos vários poderes do Estado. Nós todos conhecemos a consequência trágica desta indistinção através da breve guerra civil que resultou do conflito entre o Poder Judiciário, de um lado, e os Poderes Executivo e Legislativo, de outro. Não há necessidade alguma de recontar aqui os fatores que contribuíram para esta malsinada luta pelo poder, embora seja sabido que entre eles se incluíam o caráter pouco representativo da Câmara de Deputados, resultante de uma divisão do País em distritos eleitorais que não mais correspondiam à realidade da distribuição da população, bem como à forte personalidade e à vasta popularidade daquele que era então o presidente do Tribunal. É suficiente observar que aqueles dias passaram e que, em lugar da incerteza que então reinava, nós agora temos um princípio bem determinado consistente na supremacia do ramo legislativo na divisão de poderes do estado. Desse princípio decorre a obrigação do Poder Judiciário de aplicar fielmente a legislação escrita e de interpretá-la de acordo com seu significado evidente, sem referência aos nossos desejos pessoais ou as nossas concepções individuais da justiça. Não me cabe indagar se o princípio que proíbe a revisão judicial das normas legisladas, se ela está certa ou errada, desejável ou indesejável; observo meramente que este princípio se transformou numa premissa tácita subjacente a toda ordem jurídica que jurei aplicar.

Contudo, embora o princípio da supremacia do Poder Legislativo tenha sido aceito em teoria durante séculos, tão grande é a tenacidade da tradição profissional e da força dos hábitos de pensamento estabelecidos, que muitos juízes ainda não se adaptaram ao papel restrito que a nova ordem lhes impõe. Meu colega Foster pertence a este grupo; sua maneira de lidar com as normas é exatamente aquela de um juiz vivendo no século passado.

Nós estamos familiarizados com o processo segundo o qual se realiza a reforma judicial dos dispositivos legais que desagradam aos magistrados. Qualquer um que tenha seguido os votos escritos do ministro Foster terá oportunidade de ver sua utilização em qualquer setor do direito. Pessoalmente, estou tão habituado com o processo que, se meu colega se encontrasse eventualmente impedido, estou certo de que poderia escrever um voto satisfatório em seu lugar sem qualquer sugestão sua, bastando conhecer seu estilo e o efeito aplicável sempre ao sentido da norma a ser aplicada ao caso concreto.

O processo de revisão judicial requer três etapas. A primeira delas consiste em adivinhar algum *propósito* único ao qual serve a legislação. Isto é feito, embora nenhuma norma em uma centena delas tenha um propósito único e, ainda, os objetivos de quase todas as normas sejam diferentemente interpretados pelos diferentes grupos nelas interessados. A segunda etapa consiste em descobrir que um ser fabuloso, sendo chamado *legislador*, na busca deste *propósito* imaginado, omitiu algo importante ou deixou alguma lacuna ou imperfeição em seu trabalho. Segue-se a parte final e mais reconfortante da tarefa – a de preencher a lacuna assim criada. *Quod erat faciendum*[11].

A inclinação de meu colega Foster para encontrar lacunas na legislação faz lembrar a história, narrada por um antigo autor, de um homem que comeu um par de

sapatos. Quando lhe perguntaram se os havia apreciado, ele replicou que preferira os buracos. Este é o sentimento de meu colega com respeito às normas; quanto mais lacunas elas tenham, mais ele as aprecia. Em resumo, não lhe agradam as normas.

Não se poderia desejar um caso melhor para exemplificar a natureza ilusória deste processo de preenchimento de lacunas do que aquele ora pendente de julgamento. Meu colega pensa que sabe exatamente o que se buscou ao declarar que o fato homicida é um crime. Segundo ele seria algo que se denomina *prevenção*. Meu colega Tatting já mostrou quanto é omissa esta interpretação. Mas eu penso que a problemática atinge nível ainda mais profundo. Duvido muito que nossa legislação, ao conceber o homicídio como crime, tenha realmente um *propósito* em qualquer sentido ordinário deste termo. Primeiramente, tal norma reflete uma convicção humana profundamente enraizada, segundo a qual o assassinato é injusto e que algo deve ser feito ao homem que o comete. Se nós fôssemos forçados a ser mais explícitos sobre a matéria, provavelmente nos refugiaríamos nas mais sofisticadas teorias dos criminologistas, as quais, naturalmente, não se encontrariam na mente daqueles que elaboraram a norma legislada. Nós poderíamos também observar que os homens executariam seu trabalho de maneira mais eficaz e viveriam mais felizes se fossem protegidos contra a ameaça de agressão violenta. Tendo em mente que as vítimas de homicídios são frequentemente pessoas desagradáveis, nós poderíamos adicionar a sugestão de que a eliminação de pessoas indesejáveis não deva ser uma função apropriada à iniciativa privada, mas, pelo contrário, constituir um monopólio estatal. Tudo isto lembra-me um advogado que, certa ocasião, argumentou perante este Tribunal que uma norma sobre o exercício da medicina era uma boa coisa porque levaria à diminuição dos prêmios de seguro de vida, eis que elevaria o nível geral de saúde. Há quem pretenda que o óbvio deve ser explicado.

Se nós não sabemos a finalidade do § 12-A, como podemos dizer que haja uma possível lacuna nele? Como nós podemos saber o que pensaram seus elaboradores acerca da questão de matar homens para comê-los? Meu colega Tatting revelou uma repulsão compreensível, embora talvez ligeiramente exagerada, relativamente ao canibalismo. Como nós podemos saber que seus remotos antepassados não sentiram a mesma repulsa em um grau mais elevado? Os antropólogos afirmam que o temor sentido em relação a um ato proibido pode crescer quando as condições de vida tribal criam tentações especiais à sua prática: é o que ocorre com o incesto, que é mais severamente condenado entre aqueles cujas relações comunitárias o tornam mais provável. Certamente, o período subsequente à Grande Espiral trazia consigo implícitas tentações à antropofagia. Talvez fosse em razão disso que nossos antepassados expressaram essa proibição de forma tão larga e irrestrita. Tudo isto é, por certo, conjetura, mas fica suficientemente claro que nem eu nem meu colega Foster sabemos qual seja o propósito do § 12-A.

As considerações similares às que acabei de delinear são também aplicáveis à excludente da legítima defesa que desempenha um papel tão importante no raciocínio dos colegas Foster e Tatting. É, sem dúvida, verdade que em *Commonwealth v. Parry* um ponto de vista expresso incidentalmente, sem força de precedente, justificou esta

exceção, presumindo-se que o propósito da legislação penal é a prevenção. Também pode ser verdade que se tenha ensinado a várias gerações de estudantes que a verdadeira explicação da excludente reside na circunstância segundo a qual um homem que atua em legítima defesa não age *intencionalmente*, e que os mesmos estudantes tenham sido considerados habilitados ao exercício da advocacia, repetindo o que seus professores lhes ensinaram no curso de direito. Naturalmente, pude rejeitar estas últimas observações como irrelevantes pela simples razão que os professores e examinadores ainda não têm delegação de poderes para elaborar nossa legislação. Mas, outra vez, o problema real é mais profundo. Tanto no que se refere à legislação, como no que respeita à exceção, a questão não está *no suposto propósito* da legislação, mas no seu alcance. No que concerne à extensão da legítima defesa, tal como tem sido aplicada por este Tribunal, a situação é clara: ela se aplica aos casos de resistência a uma ameaça agressiva à própria vida de uma pessoa. Está, portanto, demasiado claro que este caso não se situa no âmbito da exceção, posto que é evidente que Whetmore não fez nenhuma ameaça contra a vida dos réus.

O caráter essencialmente ardiloso da tentativa do meu colega Foster de encobrir sua reformulação da legislação escrita com uma aparência de legitimidade mostra-se tragicamente no voto de meu colega Tatting. Neste, o ministro Tatting debate-se ardorosamente para combinar o vago moralismo de seu colega com seu próprio sentimento de fidelidade à norma escrita. O resultado desta luta não podia ser outro senão o que ocorreu – um completo fracasso no desempenho da função judicial. É de todo impossível ao juiz aplicar uma norma tal como está redigida e, simultaneamente, refazê-la em consonância com seus desejos pessoais.

Agora eu sei que a linha de raciocínio que terminei de expor neste voto não será aceitável por aqueles que cogitam tão-somente dos efeitos imediatos de uma decisão e ignoram as implicações que poderão advir no futuro em consequência de assumir o judiciário o poder de criar exceções à aplicação da legislação. Uma decisão rigorosa nunca é popular. Juízes têm sido exaltados na literatura por seus ardilosos subterfúgios destinados a privar um litigante de seus direitos nos casos em que a opinião pública julgava errado fazê-los prevalecer. Mas eu acredito que a exceção ao cumprimento da legislação, levada a efeito pelo Poder Judiciário, faz mais mal a longo prazo do que as decisões rigorosas. As sentenças severas podem até mesmo ter certo valor moral, fazendo com que o povo sinta a responsabilidade em face da legislação, que, em última análise, trata-se de sua própria criação, bem como relembrando-lhe que não há nenhum princípio de perdão pessoal que possa aliviar os erros de seus representantes.

Certamente, irei mais distante e direi que os princípios por mim expostos são mais sadios para as nossas condições atuais; mais, nós teríamos herdado um sistema jurídico bem melhor de nossos antepassados se estes princípios tivessem sido observados desde o início. Por exemplo, com respeito à excludente da legítima defesa, se nossos tribunais tivessem permanecido firmes na letra da norma, o resultado teria sido, indubitavelmente, a sua revisão legislativa. Naturalmente, tal revisão teria suscitado a colaboração de filósofos e psicólogos, e a regulamentação da matéria, daí resultante, teria uma base compreensível e racional, ao invés da miscelânea de verbalismos e distinções metafísicas que emergiram do tratamento judicial e profissional.

Essas conclusões finais estão, naturalmente, além dos deveres que devo cumprir relativamente a este caso, mas as enuncio porque sinto de modo profundo que meus colegas estão pouco conscientes dos perigos implícitos nas concepções sobre a magistratura defendidas pelo meu colega Foster.

Minha conclusão é a confirmação da sentença condenatória.

6. Voto do Juiz Handy

Eu escutei com perplexidade os tormentosos raciocínios que este caso trouxe à baila. Nunca deixo de admirar a habilidade com que meus colegas lançam uma obscura cortina de legalismos sobre qualquer problema que lhes seja apresentado para decidir. Nesta tarde ouvimos arrazoados sobre as distinções entre direito positivo e direito natural, o sentido e o propósito da legislação, funções judiciais e executivas, legislação oriunda do judiciário e do legislativo. Meu único desapontamento foi que ninguém levantou a questão da natureza jurídica do contrato celebrado na caverna – se era unilateral ou bilateral –, e se não se poderia considerar que Whetmore desconsiderou a sua anuência antes que se tivesse atuado com fundamento nela

O que têm todas essas coisas a ver com o caso? O problema diante de nós é decidir o caso, como funcionários públicos que somos, decidir o que devemos fazer com esses acusados. Esta é uma questão de sabedoria prática a ser exercida num contexto, não de teoria abstrata, mas de realidades humanas. Quando o caso é examinado sob essa luz, penso ser um dos mais fáceis de decidir dentre os que já foram processados perante este Tribunal.

Antes de anunciar minhas próprias conclusões acerca do mérito, eu gostaria de discutir brevemente alguns dos problemas fundamentais envolvidos neste litígio – questões sobre as quais meus colegas e eu temos estado divididos desde que ingressei na carreira de magistrado.

Nunca fui capaz de convencê-los de que o governo é um assunto humano, e que os homens são governados não por palavras sobre o papel ou por teorias abstratas, mas por outros homens. Eles são bem governados quando seus governantes compreendem os sentimentos e concepções do povo. Por outro lado, são mal governados quando se fizer ausente esta compreensão.

De todos os ramos do governo, é o Judiciário o que tem maiores possibilidades de perder o contato direto com o homem comum. As razões para isto são, naturalmente, bastante óbvias. Ao passo que o povo reage diante de uma situação conforme ela se apresenta em seus traços mais salientes, nós juízes dividimos a situação que nos é apresentada em pequenos fragmentos. Os causídicos são contratados pelos antagonistas a fim de analisar e dissecar. Juízes e promotores de justiça rivalizam em ver quem é capaz de descobrir o maior número de dificuldades e distinções em um só conjunto de fatos. Cada litigante tenta encontrar argumentação real ou imaginária, com a qual irá causar embaraço às demonstrações do lado oposto. Para escapar deste embaraço, ainda outras distinções são inventadas e introduzidas na situação. Quando se sujeita determinados fatos a tal espécie de tratamento por um tempo considerável, verifica-se que o abandono completo de sua vida e de sua essência, dele não restando senão um punhado de poeira.

Agora, de forma indiscutível, sempre que houver regras e princípios abstratos, eu percebo que os juristas poderão fazer distinções. Em extensão limitada, a espécie de coisas que estou aqui descrevendo é um mal necessário que une todo o regulamento formal das condutas humanas. No entanto, eu penso que a área que realmente necessita de tal regulamentação está excessivamente estimada. Há, naturalmente, algumas regras de jogo fundamentais que devem ser aceitas como condição de existência do próprio jogo. Eu incluiria entre elas aquelas relativas à regulamentação das eleições, à nomeação de funcionários públicos e ao tempo de exercício nos respectivos cargos. Aqui, eu concordo que seja indispensável limitar a matéria a ser veiculada na defesa e diminuir a possibilidade de recorrer, isso até por aderir à forma ou exaltar evidente escrúpulo quanto à matéria que está ou que não está sob a esfera de incidência da norma. Talvez a área de princípio básico deva ser expandida para incluir outras regras já conhecidas, tais como aquelas projetadas para preservar o sistema de liberdade privada.

Mas, fora destes domínios, eu acredito que todos os funcionários públicos, inclusive os juízes, cumpririam melhor seus deveres se considerassem as formalidades e os conceitos abstratos como instrumentos.

Eu penso que o bom gestor, o qual deveria ser tomado como modelo, é aquele que adapta os procedimentos e princípios ao caso concreto, selecionando dentre os meios de que dispõe os mais adequados à obtenção do resultado pretendido.

A mais óbvia vantagem deste método de governo é que ele nos permite cumprir nossas tarefas diárias com eficiência e senso comum. Meu apego a esta filosofia tem, entretanto, raízes mais profundas. Eu acredito que somente com a reflexão que esta filosofia propicia podemos preservar a flexibilidade essencial se quisermos manter nossas ações em uma conformidade razoável com os sentimentos daqueles que se acham submetidos à nossa autoridade. Mais governos foram aniquilados e miséria humana mais intensa foi causada pela ausência deste acordo entre governantes e governados do que por qualquer outro fator que se possa discernir na história. Desde o momento em que se introduz uma cunha entre a massa do povo e aqueles que dirigem sua vida jurídica, política e econômica, a sociedade é destruída. Então nem do *direito natural* de Foster, nem da fidelidade do *direito escrito* de Keen, conseguiremos tirar qualquer proveito.

Aplicando estas concepções ao caso em análise, sua decisão se torna, conforme tenho dito, demasiadamente fácil. A fim de demonstrar isso terei que divulgar certas realidades que meus colegas, como pudico decoro, julgaram adequado passar em silêncio, ainda que delas tenham tanta consciência quanto eu próprio.

A primeira delas é que este caso despertou um enorme interesse público aqui e no exterior. Quase todos os jornais e revistas publicaram artigos a esse respeito; os colunistas compartilharam com seus leitores informações confidenciais relacionados aos movimentos percebidos no Poder Executivo; centenas de cartas aos editores foram publicadas. Uma das grandes empresas jornalísticas fez uma sondagem de opinião pública acerca da questão – *que pensa você que o Superior Tribunal deveria fazer com os exploradores de cavernas?* Aproximadamente noventa por cento expressaram a opinião de que os acusados deveriam ser perdoados ou deixados em liberdade, com uma espécie de pena simbólica. Com isso, está fechada a questão da tendência da opinião pública a respeito do caso. Aliás, poderíamos tê-lo sabido sem submeter o caso a votação, com

base somente no senso comum ou mesmo observando que neste Tribunal há manifestamente quatro homens e meio, ou seja, noventa por cento, que partilham da opinião comum.

Isto torna óbvio, não somente o que deveríamos, mas o que devemos fazer, se desejamos preservar entre nós e a opinião pública uma escala de valores razoável e decente. O fato de declararmos estes homens inocentes não nos envolve em chicana alguma ou meio enganoso indigno. Também não é necessário empregar qualquer princípio de interpretação normativa que não esteja de acordo com o modo de proceder deste Tribunal. Certamente, absolvendo estes homens, nenhum leigo pensaria que nós tivéssemos desvirtuado a interpretação da legislação mais do que nossos predecessores o fizeram quando criaram a excludente da legítima defesa. Se uma demonstração mais detalhada do método seguido para harmonizar nossa decisão com o dispositivo legal fosse julgada necessária, contentar-me-ia em fixar-me nos argumentos desenvolvidos na segunda, e menos fantasiosa, parte do voto do meu colega Foster.

Eu bem sei que meus colegas ficarão horrorizados pela minha sugestão para que este Tribunal leve em conta a opinião pública. Di-lo-ão que a opinião pública é emotiva e caprichosa, isso por se basear em meias verdades e por dão ouvido a testemunhas que não estão sujeitas a interrogatório cruzado (*cross-examination*)[12]. Dir-lhe-ão ainda que a norma cerca o julgamento de um caso como este de cuidadosas garantias, destinadas a assegurar que a verdade será conhecida e que qualquer consideração racional referente às possíveis soluções do caso será tomada em consideração. Adverti-lo-ão que todas estas garantias de nada servem se for permitido que a opinião pública, formada fora deste quadro, tenha qualquer influência na decisão.

Mas detenhamo-nos imparcialmente em algumas das realidades da aplicação da nossa legislação criminal. Quando um homem é acusado de ter cometido um crime há, geralmente, quatro maneiras pelas quais se pode escapar da punição. Um deles consiste na decisão do juiz, de acordo com a legislação aplicável, de que ele não cometeu crime algum. Esta é, por certo, uma decisão que tem lugar em uma atmosfera preferencialmente formal e abstrata. Mas consideremos as outras três maneiras segundo a s quais ele pode escapar da punição. São elas: 1ª)a inércia do representante do Ministério Público por entender que não se deve oferecer a denúncia e, com isso, o processo criminal não tem início; 2ª) a absolvição pelos jurados; 3ª) o perdão judicial ou a clemência do chefe do Poder Executivo. Pode alguém pretender que estas decisões sejam tomadas dentro de uma estrutura formal, rígida, de regras que impeçam o erro de fato, excluam fatores emocionais e pessoais e garantam que todas as formalidades legais serão observadas?

É correto dizer que no caso do júri procuramos restringir suas deliberações ao âmbito daquilo que é juridicamente relevante, mas não nos podemos iludir acreditando que esta tentativa seja realmente bem sucedida. No curso normal dos acontecimentos, o caso de que ora nos ocupamos deveria ter sido julgado pelo júri em todos os seus aspectos. Se isto tivesse ocorrido, podemos estar certos de que teria havido uma absolvição ou pelo menos uma divisão que teria impedido uma condenação. Se se tivesse dado instruções ao júri no sentido de que a fome dos acusados e o pacto que firmaram

não constituem defesa à acusação de homicídio, seu veredicto as teria quase que certamente ignorado, torcendo a letra da norma mais do que qualquer um de nós seria tentado a fazer. É evidente que a única razão que impediu que isto sucedesse foi a circunstância fortuita de ser o porta-voz do júri um advogado. Seus conhecimentos capacitaram-no a imaginar uma fórmula verbal que permitisse aos jurados furtarem-se de suas usuais responsabilidades.

Meu colega Tatting expressa contrariedade por não ter o representante do Ministério Público decidido o caso por si, abstendo-se de oferecer a denúncia e instaurar o processo. Estrito como é no cumprimento das exigências da teoria jurídica, ficaria satisfeito em ver o destino destes homens decidido fora do Tribunal pelo representante do Ministério Público, fundado no senso comum. O presidente do Tribunal, por outro lado, desejaria que a aplicação do senso comum ficasse para o final, embora, como Tatting, não queira dele participar pessoalmente.

Isto me leva à parte conclusiva de minhas observações, referente ao dever de clemência do poder executivo no presente caso. Antes de discutir este tópico diretamente, eu quero fazer uma observação conectada com a tomada de opinião pública. Como disse alhures, noventa por cento das pessoas pretende que o Superior Tribunal deixe os acusados em inteira liberdade ou que se lhes aplique uma pena meramente simbólica. Os dez por cento restantes constituem um grupo de composição singular com as mais curiosas e divergentes opiniões. Um dos nossos peritos da universidade fez um estudo deste grupo e descobriu que seus membros dividem-se em padrões determinados. Uma porção substancial deles é assinante de excêntricos jornais de circulação limitada, os quais deram aos seus leitores uma versão distorcida dos fatos em causa. Alguns deles pensam que *espeleólogo* significa *canibal* e que a antropofagia constitui um dogma adotado pela sociedade. Mas, o ponto sobre que pretendo chamar a atenção é este: embora quase todas as variedades e sugestivas opiniões concebíveis estivessem representadas neste grupo, não havia, tanto quanto sei, ninguém nele, nem no grupo majoritário dos noventa por cento, que dissesse: *penso que seria de bom alvitre que os tribunais condenassem estes homens à forca e que, em seguida, outro poder do Estado os absolvesse*. Contudo, esta é uma solução que de certo modo dominou nossas discussões e que o presidente deste Tribunal propõe como um caminho através do qual nós podemos evitar a prática uma injustiça e ao mesmo tempo preservar o respeito à legislação. Pode o senhor Presidente estar certo de que, se ele está preservando a moral de alguém, esta não é senão a sua própria, e não a do público, que nada sabe a respeito das distinções por ele empregadas. Eu menciono este assunto porque desejo enfatizar mais uma vez o perigo de nos perdermos nos esquemas de nosso próprio pensamento e esquecer que estes esquemas frequentemente não projetam a mais suave sombra sobre o mundo exterior.

Agora chego ao ponto mais crucial do presente caso, um trecho conhecido de todos nós neste Tribunal, embora meus colegas tenham julgado conveniente escondê-lo sob suas togas. Trata-se da probabilidade alarmante de que, se a solução do caso for deixada ao chefe do Poder Executivo, ele se recusará a perdoar estes homens ou substituir a pena por outra mais branda. Como todos nós sabemos o chefe do Poder Executivo é um homem hoje com a idade avançada e de princípios muito

conservadores. O clamor público normalmente produz nele um efeito avesso ao esperado. Como disse a meus colegas, acontece que a sobrinha de minha esposa é íntima amiga de sua secretária. Fui informado por esta via indireta, mas, segundo me parece, completamente fidedigna, que ele está firmemente determinado a não substituir a sentença se nós julgarmos que estes homens transgrediram a legislação.

Ninguém lamenta mais do que eu a necessidade de apoiar-me, em uma matéria tão importante, em informação que poderia ser caracterizada como intriga. Se dependesse de mim, isto não aconteceria, porque eu adotaria a conduta sensata de reunir-me com o Executivo e examinar conjuntamente o caso, descobrindo quais são seus pontos de vista e talvez elaborando um programa comum para resolver a situação. Mas, naturalmente meus colegas jamais aceitariam a resolução do problema desta maneira.

Seus escrúpulos em obter diretamente informações exatas não os impede de estarem muito perturbados com o que souberam indiretamente. Seu conhecimento dos fatos que acabei de relacionar apenas explica porque o presidente deste Tribunal, normalmente um modelo de decoro, julgou conveniente agitar sua toga na face do Executivo e ameaçá-lo de excomunhão se não substituísse a sentença condenatória. Suspeito que por isso se explica a proeza de levitação, empreendida pelo meu colega Foster, pela qual toda uma biblioteca de livros jurídicos foi removida de sobre os ombros dos acusados. Explica também o porquê de meu colega legalista Keen imitar Pooh-Bah na comédia antiga[13], caminhando de um lado para o outro do palco para dirigir algumas observações ao Poder Executivo em sua *condição de cidadão*" (permito-me observar, incidentalmente, que o conselho do cidadão privado Keen será publicado na coletânea de jurisprudência deste Tribunal às expensas dos contribuintes).

Eu devo confessar que, quanto mais velho me torno, mais perplexo fico ante a recusa dos homens em aplicar o senso comum aos problemas do direito e do estado, e este caso verdadeiramente trágico aprofundou meu sentimento de desencorajamento e desânimo. Eu desejo somente poder convencer meus colegas da sabedoria dos princípios que tenho aplicado ao ofício de juiz desde que a assumi o cargo. A propósito, por uma espécie de um triste fechar de um círculo, deparei-me com questões semelhantes aos que ora aqui se esboçam, justamente no primeiro caso que julguei como juiz de primeira instância do Tribunal do condado de Fanleigh.

Uma seita religiosa expulsara um sacerdote que, segundo se dizia, tinha se convertido aos princípios e práticas de uma seita rival. O sacerdote publicou uma nota acusando os chefes da seita. Destacados membros leigos dessa igreja anunciaram uma reunião pública em que se propunham explicar a posição da mesma. O sacerdote assistiu a essa reunião. Alguns disseram ter ele entrado furtivamente, utilizando-se de um disfarce; o sacerdote declarou em seu testemunho que tinha entrado normalmente como um membro do culto. De qualquer forma, quando os discursos começaram, ele os interrompeu com certas perguntas relacionadas a outros casos religiosos e fez algumas declarações em defesa de seus próprios pontos de vista. Foi atacado por participantes da reunião e submetido a intenso espancamento, do qual lhe resultou, dentre outros ferimentos, uma fratura na mandíbula. O sacerdote intentou uma ação indenizatória contra a associação patrocinadora da reunião e apontou dez indivíduos como seus

agressores.

Ao chegarmos à fase de julgamento, o caso pareceu-me, a princípio, muito complicado. Os advogados levantaram múltiplos problemas legais. Havia difíceis questões concernentes à admissão da prova e relativamente à demanda contra a associação, alguns problemas girando em torno da questão de saber-se se o religioso havia se insinuado ilicitamente na reunião ou se havia recebido autorização para dela participar. Como noviço na magistratura, sentia-me impaciente por aplicar meus conhecimentos adquiridos na faculdade de direito, e logo comecei a estudar estas questões atentamente, lendo todas as fontes mais autorizadas e preparando considerações bem fundamentadas. Enquanto eu estudava o caso envolvia-me progressivamente mais em suas perplexidades jurídicas, tendo chegado a aproximar-me de um estado semelhante àquele de meu colega Tatting neste caso. De repente, porém, apercebi-me claramente de que todas estas intrincadas questões realmente nada tinham a ver com a questão, e comecei a examiná-la à luz do senso comum. Daí, o litígio ganhou uma nova perspectiva e dei-me conta de que a única coisa a fazer era decidir pela absolvição dos acusados por falta de provas.

Eu fui conduzido a esta conclusão pelas seguintes considerações:

1ª) *ordem perturbada*: O conflito em que o autor fora ferido tinha sido muito confuso, com algumas pessoas tentando chegar ao centro do tumulto, enquanto outras procuravam afastar-se dele; algumas golpeando o sacerdote, enquanto que outras tentavam, aparentemente, protegê-lo.

2ª) *presunção*: Teriam sido necessárias algumas semanas para apurar a verdade. Decidi então que nenhuma mandíbula fraturada era tão importante para a comunidade (os ferimentos do sacerdote, seja dito de passagem, tinham se curado nesse meio tempo, sem que o desfigurassem e sem qualquer diminuição de suas habilidades normais).

3ª) *vitimologia*[14]: Além disso, convenci-me profundamente de que o autor tinha, em larga medida, dado causa ao conflito. Ele sabia quão inflamadas estavam as paixões e podia facilmente ter encontrado outro lugar para exprimir seus pontos de vista. Minha decisão foi amplamente aprovada pela imprensa e pela opinião pública, já que ninguém poderia tolerar as concepções e práticas que o sacerdote expulso tentava defender.

Agora, trinta anos mais tarde, graças a um promotor de justiça ambicioso e a um porta-voz legalista dos jurados, defronto-me com um caso que suscita problemas que, no fundo, são muito semelhantes àqueles contidos no litígio que terminei de expor. O mundo não parece mudar muito, mas desta vez não se trata de um julgamento por quinhentos ou seiscentos irmãos de fé, mas da vida ou morte de quatro homens que já sofreram mais tormentos e humilhações do que a maioria de nós suportaria em mil anos.

Eu concluo que os réus são inocentes da prática do crime que constitui que são acusados e que a sentença deve ser reformada

7. Manifestação do Juiz Tatting

O presidente do Tribunal questionou-me se, após acompanhar dois votos que

acabam de ser exarados, se eu desejaria reexaminar a posição previamente assumida. Quero expressar que, depois de ouvi-los, sinto-me ainda mais fortalecido em minha convicção de que não devo participar do julgamento.

8. Conclusão

O Superior Tribunal divide-se e, com isso, constata-se o empate de votos na decisão, daí ser confirmada a decisão condenatória do Tribunal de primeira instância. Foi determinado o horário e o local da execução de sentença, quais sejam as seis primeiras horas da sexta-feira, dia 2 de abril do ano 4300. O executor público está instruído a proceder com toda a diligência conveniente para pendurar cada um dos acusados pelo pescoço e aguardar até o momento em que eles morram na forca.

9. *Post Scriptum*

Agora que o Tribunal prolatou sua decisão, o leitor intrigado pela escolha da data pode desejar ser relembrado que os séculos que nos separam do ano 4300 são aproximadamente os mesmos que se passaram desde a época de Péricles[15].

Não há provavelmente necessidade alguma de observar que o Caso dos Exploradores de Cavernas não pretende ser nem uma obra de sátira, nem uma profecia em qualquer sentido comum do termo.

No que diz respeito aos juízes que compõem o Tribunal do Presidente Truepenny, eles são naturalmente tão fictícios quanto os fatos e precedentes jurisprudenciais que tratam. O leitor, que se recusar a aceitar este ponto de vista e que procurar descobrir semelhanças contemporâneas onde nada disso foi pretendido ou considerado, deve ser advertido de que se mete numa aventura sob sua própria responsabilidade, a qual pode levá-lo a desviar-se das verdades enunciadas nos votos emitidos pela Corte Suprema de Newgarth. As diferentes argumentações foram imaginadas com o único propósito de focalizar certas posturas filosóficas divergentes a respeito do direito e do estado. Tais posturas são ainda hoje idênticas as que se cogitavam nos dias de Platão e de Aristóteles. Talvez continuarão elas a apresentar-se mesmo depois que a nossa era tenha pronunciado a propósito a sua última palavra.

Se houver alguma espécie de predição no caso, não vai além da sugestão de que as questões nele versadas encontram-se entre os problemas permanentes da raça humana.

[2] Também denominada espeleologia ou espeologia, a espeluncologia trata do estudo da formação e constituição de grutas e cavernas naturais, bem como do estudo dos organismos que vivem dentro das cavernas.

[3] Correspondente aqui ao direito natural (jusnaturalismo), uma das escolas do direito que credita a origem do sistema jurídico, bem como das regras jurídicas, à origem natural de todas as coisas, produzidos pela natureza divina, humana ou racional.

[4] Cessando a motivação da legislação, cessa a própria norma em questão.

[5] Estamos diante da figura da inexigibilidade de conduta diversa, compreendida como impossibilidade de proceder em conformidade com a legislação por forças que lhes são estranhas. Dá-se aqui o reconhecimento do princípio da não-exigibilidade de comportamento lícito, como um causa excludente de culpabilidade não prevista expressamente na legislação.

[6] Na verdade, a doutrina autorizada apregoa que o instituto da legítima defesa não conta com registros históricos confiáveis na Antiguidade entre os primeiros povos, como os egípcios e os mesopotâmicos. Mas, há documentação farta de sua ocorrência no direito grego e no direito romano.

[7] No direito penal brasileiro, a legítima defesa apresenta-se como um direito exercido diante da agressão injusta e iminente. Claramente, funciona como mecanismo para afastar a lesão de direito iniciada com a conduta ilícita do agressor.

[8] A maioridade no Brasil, depois do Código Civil de 2002, passou de 21 anos para 18 anos. Assim, atinge-se a maioridade no Brasil aos 18 anos de idade.

[9] Atualmente, o furto famélico é altamente difundido pela doutrina nacional, bem como pela jurisprudência. Na verdade, trata-se de furto praticado pela pessoa em estado de necessidade. Diante do ínfimo valor dos bens e da necessidade do autor da conduta delituosa, desenvolveu-se o princípio da insignificância para o crime chamado de *delito de bagatela*. Na verdade, tal combinação ressalta o baixo potencial lesivo de tais crimes e o estado de necessidade como excludente de ilicitude.

[10] Há muito tempo não pode o juiz afastar-se da função de julgar por sentimento íntimo ou qualquer outra alegação de ordem pessoal, exceto quando parentes seus estiverem envolvidos com a causa, seja como parte ou patrono. Pelo art. 4º do Código de Napoleão, emergiu a proibição de o juiz recusar-se a julgar. Deveras, sob pretexto de lacuna, contradições ou obscuridade da legislação, o juiz não pode recusar-se a decidir, Assim, o fato de juiz prolatar decisão passa a ser um dever inescusável. N a esfera legislativa brasileira, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil reza que *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*. De forma mais direta, o art. 126 do Código de Processo Civil dispõe que *o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*. Não há aqui pelo menos três possibilidades de o juiz não pode se negar a decidir, quais sejam os casos de omissão legal ou sua obscuridade. Vencida a busca por dispositivos legais, e em sendo infrutífera, é preciso decidir em conformidade com todas as fontes do direito, quais sejam os costumes e os princípios, a doutrina e a jurisprudência. Além disso, as formas de integração do direito também devem ser empregadas para suprir as lacunas, como se dá com a utilização da analogia, da equidade e do direito comparado.

[11] O que estava fazendo.

[12] A Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao Tribunal do Júri. Ao tratar da produção de provas referentes ao

interrogatório, alterando o art. 473 do CPP, verificou-se a inclusão da *cross-examination* no direito processual penal brasileiro. Em síntese, tal dispositivo legal mencionado permite que a instrução plenária tenha atuação do juiz, do representante do Ministério Público e seu assistente, bem como do defensor. Autoriza todos os envolvidos citados a tomar as declarações do ofendido e das testemunhas. Dispensa-se a referência obrigatória e antecipada ao juiz, para posterior repergunta; assim, o questionamento é direito ao interrogado ou à testemunha. Ainda assim, por exigir a reperguntas dos jurados, não se dá a adoção *cross-examination* com a fidelidade em que ocorre em algumas unidades federadas (estados) dos Estados Unidos.

[13] Trata-se de um dos personagens da antiga peça teatral The Mikado Discussion, estereótipo de políticos e autoridades, perdidos em sua prepotência e arrogância.

[14] A vitimologia pode ser compreendida como uma teoria por meio da qual um crime pode ser motivado pelo comportamento anormal da própria vítima. É a vítima que dá causa a ocorrência do crime.

[15] Péricles foi um estadista grego de Atenas (495 a 429 a.C.) e grande defensor da democracia a frente do governo ateniense.

Sumário

Sobre o Autor 5

Apresentação 7

Superior Tribunal de Newgarth Ano de 4300 9

1. Introdução 9
2. Voto do Juiz Truepenny 9
3. Voto do Juiz Foster 12
4. Voto do Juiz Tatting 17
5. Voto do Juiz Keen 21
6. Voto do Juiz Handy 26
7. Manifestação do Juiz Tatting 31

8. Conclusão 32
9. Post Scriptum 32